

Qual a unidade do Direito Privado? De uma concepção formal a uma concepção material do Direito Privado

**Prof. Dr. Dr. Stefan Grundmann
(LL.M em Berkeley)**

Titular da Cátedra de Direito Civil, Econômico, Internacional Privado e Europeu da Humboldt Universidade de Berlim/Alemanha

I. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise, coloca-se a questão acerca da arquitetura geral do sistema jurídico. A crise financeira mundial e, com ela, a pior crise econômica desde a Segunda Guerra Mundial, tiveram suas causas em questões acerca da concepção de sociedades, contratos e mercados. Entre direito societário e direito dos mercados ou direito dos contratos encontra-se também o mais recente e proeminente campo individual do direito privado (eventualmente junto ao direito do consumidor), formado mundialmente nos últimos cinquenta anos: o direito de mercados de capitais. Sua formação representa uma das mais profundas e incisivas mudanças estruturais no direito empresarial desde a Segunda Guerra Mundial: a passagem de um empresariado que em muitos países atuava primariamente por meio de capital externo, a um empresariado para o qual o capital próprio tornou-se absolutamente central – financeiramente, mas também para a imagem pública da empresa. Em termos jurídicos: para o direito societário, enquanto direito da organização e coração do direito empresarial, entrou – como um segundo ramo – o direito de mercado de capitais, hoje peça central do direito societário externo nas grandes empresas, estando ambos cada vez mais conectados materialmente no chamado direito das empresas cotadas em bolsas de valores¹.

¹ Esse artigo, base para as palestras proferidas no Brasil em novembro de 2009 na PUCSP, USP e EMERJ, acaba de ser publicado paralelamente, em alemão, nos Estudos em Homenagem a Klaus J. Hopt (2010), o fundador do

A seguir, abordar-se-á a generalização desse movimento, até agora proporcionalmente pouco debatido. A tese aqui defendida é de que, nesse movimento de inclusão do direito de mercado de capitais no âmbito do direito societário, deve-se ver um primeiro grande ato criador de unidade no direito privado, que provoca generalização. Trata-se aqui, precisamente, da questão da unidade do direito privado: qual a unidade do direito privado?

II. O *PROPRIMUM* DO DIREITO PRIVADO ATUAL

1. Teoria

Para se determinar o *proprium*, isto é, a característica essencial do direito privado – e especialmente do direito privado de hoje – existem diferentes caminhos: notadamente a partir das grandes teorias sobre a sociedade em geral, a partir da ordem constitucional ou da doutrina de direito privado. Resumidamente, resulta o seguinte quadro. Em uma sociedade de direito privado, ou seja, aquela na qual o direito privado é aplicado como meio de solução de conflitos, *Franz Böhm* percebeu que o consenso (e não mais o comando hierárquico) passou a primeiro plano como mecanismo de solução. Com isso, a possibilidade de formação autônomo-privada foi reconhecida como o principal critério constitutivo da ordem social e, dessa maneira, trazida claramente para o centro do direito privado. No modelo de *Böhm*, de um mercado sob regulamentação ordoliberal, a autonomia privada deve ser evidentemente vista dentro de um quadro de ordem política que assegure os pressupostos básicos para o exercício fático da autonomia privada contra as ameaças decorrentes do poder privado². Isso significaria, mais precisamente, que não somente

direito dos mercados de capitais na Alemanha e meu professor, a quem muito devo. Quero agradecer imensamente a meus orientandos Rodrigo Laranjeira, pela tradução do artigo, e Karina Nunes Fritz, pela revisão final. O conceito de '*Börsengesellschaftsrecht*' (direito específico das sociedades cotadas em bolsas de valores) vem sendo desenvolvido amplamente nos países de língua alemã, inicialmente na Suíça, mas também na Alemanha e Áustria, onde foi recentemente escolhido como tema principal da Reunião Anual de Juristas ("*Juristentag*"), de 2006 e 2008. Veja, dentre outros, na Áustria, Schauer/Kalss, *Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts*, 16º *Österreichischer Juristentag*, vol. II/1 (2006), especialmente p. 51-65; e, na Alemanha, Bayer, *Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?*, Parecer E, 67º *Deutscher Juristentag*, 2008, E5, E81-E87 e E96-E98; Windbichler, *Empfehlen sich besondere Regeln für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften?*, *JZ* 2008, p. 840, principalmente p. 842-846. Os mais importantes estudos acerca da influência recíproca entre direito societário, enquanto direito das organizações, e direito dos mercados de capitais, foram desenvolvidos pelos discípulos de Klaus Hopt, especialmente por: Mühlbert, *Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt - Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht*, 1995; Kalss, *Anlegerinteressen – Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband, und Markt*, 2001; Möslin, *Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im markoffenen Verband*, 2007; e, da mesma forma, meu livro sobre direito societário europeu (nota de rodapé 9).

2 Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *ORDO* 17/1966, p. 75; Canaris, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, *Festschrift Lerche* 1993, p. 873; Mestmäcker, Franz Böhm, in: Grundmann/Riesenhuber (coord.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Be-*

a autonomia privada encontra-se no centro do direito privado atual, mas, sobretudo, a relação de tensão entre essa autonomia, de um lado, e, do outro, a (função de) proteção, necessária para a preservação da autonomia material de todos os envolvidos.

Esse quadro do *proprium* do direito privado é amplamente assegurado e confirmado em sua essência quando se lança uma visão sobre a ordem constitucional, que são não somente as disposições mais elevadas dos direitos nacionais, mas, via de regra, também as mais recentes. No direito constitucional alemão, a liberdade contratual – deduzida da liberdade de ação e da liberdade profissional – juntamente com a garantia da propriedade são vistas como direitos fundamentais centrais para a ordem jurídica privada. A garantia da propriedade compreende também, por exemplo, todos os direitos obrigacionais e societários, não se admitindo, assim, nenhuma significativa diferenciação no direito patrimonial. A designada relação de tensão é característica: no contexto da garantia da propriedade, ela se converte em vinculação social da propriedade, nos termos do art. 14, parágrafo 1º, alínea 2 da Lei Fundamental Alemã, e, comparativamente, o mesmo vale, também, segundo opinião geral, para o direito fundamental da liberdade contratual. O antigo direito civil da propriedade já continha esses dois aspectos: o direito de liberdade a ela conectado (§ 903 BGB) e sua vinculação social (§§ 904 e seguintes do BGB). Proteção do patrimônio e, principalmente, liberdade de formação autônomo-privada (com limites) – assim também se apresenta a ordem constitucional para o direito privado alemão.

A referência à autonomia privada também aparece como a mais proeminente na literatura de direito privado³ – isso obviamente sem que esses autores tenham tirado até agora qualquer conclusão para a relação entre direito contratual, direito societário e direito dos contratos de trabalho, de

richten ihrer Schüler – eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, vol. 1/2007, p. 31; Riesenhuber (coord.), *Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, 2007; Zöllner, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996. Para uma ampliação desse conceito para a defesa contra o poder estatal nacional, agora controlado pelas liberdades fundamentais da União Europeia, bem como pelo direito de concorrência e de limitação dos subsídios na EU, confira-se meu artigo em inglês: *The Concept of the Private Law Society after 50 Years of European and European Business Law*, *ERPL* 16/2008, p. 553 (com várias indicações de doutrina inglesa).

3 Particularmente importante na doutrina de língua alemã são: Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, 1967, p. 123, 126-131; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1969, p. 52-58 (Cf. a tradução portuguesa *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian); id., *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, p. 44 et seq.; a partir de uma perspectiva de direito societário, mais especificamente de direito societário europeu: Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, vol. 1, 1980, §§ 3-6; e Flessner, *Juristische Methode und europäisches Privatrecht*, *Juristen-Zeitung* 2002, p. 14 (18). A partir da perspectiva da metodologia (interdisciplinar): Engel/Schön (coord.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007.

um lado, e para o vínculo interno no direito civil, do outro. Tirar tais conclusões parecem, contudo, indicadas. Também a relação de tensão entre regulação e o exercício da autonomia privada normalmente não é mencionada na descrição do *proprium* do direito privado. Isso é, contudo, imprescindível para se compreender adequadamente o desenvolvimento jurídico constitucional europeu e do direito econômico desde a Segunda Guerra Mundial, bem como o recente desenvolvimento no direito contratual.

2. Praxis

De forma breve, é preciso lançar uma visão sobre a prática. Nos grandes escritórios de advocacia, as *Mergers & Acquisitions* situam-se como a disciplina-mor, ao lado do *Family Office*, que trata não somente do acompanhamento jurídico e estruturante de toda a vida econômica, mas também da vida privada dos envolvidos. Por certo, o direito da responsabilidade civil extracontratual também é importante, como as regras sobre acidentes de trânsito, mas esses são só casos de massa, sem dúvida muito menos importantes. De qualquer modo, procura-se em vão uma ligação semelhante e estreitamente entrelaçada entre o direito da responsabilidade civil e o direito contratual, nos moldes da existente entre o direito contratual e o direito societário. As exceções compreendem as áreas nas quais o direito da responsabilidade civil é visto como anexo de uma relação contratual, principalmente as normas sobre a responsabilidade por produtos e as relações nas quais os §§ 328 ou 826 do BGB sejam aproveitados para estender direitos decorrentes da relação contratual para terceiros que a influenciam, sem serem partes contratuais.

O grande e incisivo acontecimento mundial do direito privado nas últimas décadas, ou seja, a crise financeira mundial, lançou, na verdade, sob uma perspectiva jurídica, uma série de questões acerca da combinação entre direito societário, de mercado de capitais e dos contratos, junto a seu sistema regulador. Já esses dois aspectos sugerem, a partir de uma visão da prática, que a unidade e as correspondentes linhas de ligação, sob o ponto de vista do poder de formação e seus limites, sejam ao menos uma vez postas em consideração e reflexão. Isso deve inicialmente acontecer em contraste com a “unidade” do direito civil clássico ou, pelo menos, do direito das obrigações, porque tratam-se aqui dos clássicos projetos de unidade do direito privado que ainda marcam os atuais projetos de codificação (abaixo III). Na sequência, serão analisadas as linhas de conec-

xão entre o direito organizacional e transacional, pois elas têm importância central para a proposta alternativa de unidade do direito privado aqui discutida (abaixo IV). O projeto tradicional é reconhecido primariamente como formal, enquanto a proposta alternativa concentra-se mais no seu conteúdo. Também não podem ser totalmente deixadas de lado as conclusões que se poderiam deduzir daí para as codificações (abaixo V).

III. UNIDADE COMO QUESTÃO DE CONCEPÇÃO DO DIREITO PRIVADO

1. Direito Civil

Se com a codificação do sistema externo surge necessariamente o debate acerca da unidade do direito privado⁴, então, evidente que se deve partir do direito civil, pois o *Code Civil* de 1804 propagou – ao menos implicitamente – o direito civil como o núcleo central do direito privado, tendo sido o *Code de Commerce* de 1807, promulgado em seguida, entendido sobretudo como um complemento. Isso não foi basicamente alterado com a codificação do direito civil e do direito comercial na Alemanha. No direito civil alemão, apenas a ordem interna foi modificada: organizaram-se principalmente em livros certas áreas do direito estabelecidas ao longo de muito tempo em quase todos os países ocidentais, como o direito das coisas, direito de família, direito de sucessão, bem como – reunidos num único Livro – o direito dos contratos e da responsabilidade civil. A separação entre direito civil e direito comercial é ainda marcante no continente, como na Áustria ou mesmo em países como a Itália, que na sua estrutura codificada integrou as duas partes (assim, o *Codice Civile* de 1942) – não, contudo, na dogmática. O sistema do BGB, ou pelo menos seus primeiros três Livros, com a proposta de um “quadro geral de referência” (2008), tem sido novamente proposto como modelo para o projeto de código europeu. Na quintessência, as áreas do direito civil aparecem até recentemente como o núcleo unitário do direito privado. E conquanto seja evi-

4 O objetivo principal da codificação clássica é, na verdade, disciplinar, de forma ampla e completa, os possíveis problemas jurídicos entre os sujeitos de direito privado. Sobre isso e acerca da ideia de codificação, veja-se: Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, 2002, p. 36 et seq.; Schreckenburger, *Die Gesetzgebung der Aufklärung und die Europäische Kodifikationsidee*, in: Merten/Schreckenburger (coord.), *Kodifikation gestern und heute*, 1995, p. 87, 89 et seq.; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1995; Münch, *Strukturprobleme der Kodifikation*, in: Behrends/Sellert (coord.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 2000, p. 147; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1969; Zimmermann, *Codification: history and present significance of an idea*, *ERPL* 3/1995, p. 95. Na Itália, o debate tem sido há muito tempo dominado pelas idéias de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 1979 (4ª ed. 1999).

dente uma interligação entre o direito das obrigações e a parte contratual do direito comercial (*“Handelsgeschäfte”* – transações comerciais), falta essa conexão para o verdadeiro núcleo do direito comercial, o direito das firmas, organizações e sociedades.

De fato, perguntando-se pela ligação entre as áreas jurídicas individuais do BGB, remete-se sobretudo a um critério formal: no Livro Terceiro estão regulados os direitos absolutos, os direitos *erga omnes*; no Livro Segundo, os relativos, os direitos *inter partes* – embora regras que estabelecem uma pretensão em caso de violação a direitos absolutos sejam encontradas tanto no Segundo, como no Terceiro Livro (veja-se os §§ 823 e 985 e seguintes do BGB). Sobretudo o direito de família, mas também o de sucessões, são vistos já a uma certa distância dos três primeiros livros. Um grande passo no BGB foi o de posicionar ao final essas disciplinas por último citadas, áreas do direito orientadas claramente ao *status*, que não afetam os negócios em massa do dia a dia, mas sim grandes situações únicas. Da mesma forma, importante foi posicionar ainda mais atrás também o direito de propriedade – diferentemente do sistema institucional anterior, apoiado nas *Iustitians Institutiones*, seguido pelo *Code Civil*, pelo Código Civil Austríaco (ABGB) e todas as codificações posteriores. Com isso, colocou-se simultaneamente no topo o direito de obrigações e, especialmente, o dos contratos, seguido pelo direito das coisas, já que ambos afetam bastante a vida diária. O direito das coisas, além da citada posição paralela formal ou oposta face ao direito das obrigações, só tem praticamente um aspecto em comum com o direito dos contratos, qual seja, a teoria do negócio jurídico, que aqui diz respeito à aquisição de direitos reais através de transações autônomo-privadas. Em muitos países sem sistema de abstração, essas normas sobre aquisições do direito das coisas fazem parte do direito contratual, consistindo em efeitos dele. Em todo caso, ainda existe “unidade”, principalmente onde ela se fundamenta na autonomia privada. No núcleo do direito das coisas – com a definição dos direitos absolutos e seus efeitos protetores – faltam praticamente quaisquer intersecções com o direito contratual. Falta o critério central criador da unidade entre direito das coisas e direito dos contratos. Considerando isso, uma segunda conclusão se impõe: se falta também tal traço criador de unidade entre o direito da responsabilidade civil e o direito dos contratos, então o núcleo do direito privado – e o direito contratual é visto seguramente como tal – fica completamente isolado. Necessário, então, lançar os olhos sobre o direito das obrigações.

2. Direito das Obrigações

Aqui a unidade aparece mais forte. De fato, diante de tudo o que foi dito até aqui, coloca-se a questão se, em todo caso, entre as relações obrigacionais existe um vínculo interno que, em essência, vai além de um mero vínculo formal. A formação do direito das obrigações é festejada como um dos maiores êxitos do legislador do BGB⁵. Essa composição de unidade aparenta ser ainda mais intensa no direito suíço, no qual o direito das obrigações aparece codificadamente como uma unidade particular, ou seja, como uma lei própria ao lado do (outro) código civil. Porém, também em países nos quais o arranjo do código não se aproxima disso, a doutrina civil – praticamente de forma unânime ou, pelo menos, predominantemente – desenvolveu um direito das obrigações, especialmente na Áustria e Itália, mas também na França⁶, e, naturalmente, também em Portugal e na Grécia, que, na estrutura de suas codificações, seguiram de perto o exemplo alemão, embora com variações.

Uma análise das normas da parte geral do direito das obrigações no BGB revela que, das regras mais importantes, praticamente todas têm relevância para o direito contratual, ao passo que poucas têm relevância para o direito delitual. Os principais institutos são claramente o princípio da boa-fé objetiva (§ 242 BGB), a regra sobre obrigação genérica (§ 243 BGB), o conjunto complexo de determinação e especificação do conteúdo obrigacional (§§ 257 e seguintes, especialmente os §§ 269 a 271 do BGB) e principalmente o direito da perturbação da prestação com a impossibilidade, cumprimento defeituoso e mora do devedor (§§ 275 a 289 BGB, bem como §§ 323 e seguintes do BGB). De todas essas regras, as referentes à culpabilidade (§§ 276s. do BGB) são as únicas com significado considerável também para o direito da responsabilidade civil extracontratual (essa com diferente ônus da prova, nos termos do § 280, inc. 1, alínea 2 do BGB).

Todas as outras normas se referem à formação autônomo-privada da relação obrigacional e sua execução, e só parcialmente (e um tanto

5 Acerca das avaliações do começo do Século XX, veja-se: Schwarz, in: *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, 1935, p. 425, 470 et seq.; e quase euforicamente Maitland: “Never, I should think, has so much first-rate brainpower been put into an act of legislation”, citado por Schwarz (*ibidem*); posteriormente, Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967, p. 475-484 (Cf. a versão portuguesa *História do direito privado moderno*, Lisboa: Calouste Gulbenkian); e hoje veja-se um panorama em *Staudinger Kommentar* (Olzen), 2005, Introdução aos §§ 241 et seq., nº 318-336.

6 Veja-se para os diferentes países: Massimo Bianca, *Diritto Civile: L’obbligazione*, v. IV, 1993, p. 1-16; Fabre-Magnan, *Les obligations*, 2ª ed., 2007, p. 1-3; Malinvaud, *Droit des obligations*, 7ª ed., 2001, p. 2-4; Welser, in: Koziol/Welser, *Bürgerliches Recht*, v. II, 13ª ed., 2007, p. 1-3.

teoricamente) à obrigação civil de indenização, que, via de regra, deve ser satisfeita em dinheiro. A referência ao direito contratual é ainda mais evidente nas regras sobre controle das condições negociais gerais, direito de revogação, direito de determinação unilateral da prestação e em toda a seção dos §§ 320-327, 328-335 BGB (que regulamentam todas essas questões), válida já formalmente apenas para os contratos bilaterais e para as promessas em favor de terceiros. O § 311 BGB diferencia claramente – assim como seu famoso modelo, o Art. 1.134 do *Code Civil* – entre fundamento negocial (amparado no acordo das partes) e fundamento legal da relação obrigacional como dois suportes fáticos completamente diferentes, fontes da obrigação. Verdadeira exceção constitui somente o direito dos danos (§§ 249-255 BGB), que é importante na mesma medida tanto para o direito contratual, como para o direito da responsabilidade civil extracontratual. Mesmo aqui, vários sistemas jurídicos permitem ao devedor que viola o contrato primeiro corrigir o dano (a famosa ‘segunda chance’, frequentemente com consideráveis vantagens de custos) no direito contratual, privilégio que não é dado ao devedor no direito da responsabilidade civil delitual, imediatamente obrigado ao pagamento da correspondente soma em dinheiro (veja-se, por exemplo, § 249, inc. 2, frase 1 do BGB). Isso porque o prejudicado escolheu sua parte contratual (“confiança”), não, porém, seu devedor no campo da responsabilidade delitual, razão pela qual o lesado é aqui chamado *forced creditor* ou credor forçado. Alguns sistemas jurídicos, como o francês, tiram daí até mesmo a conclusão de que ambos os regimes não são aplicáveis concorrentemente (princípio do *non-cumul*)⁷. E, mesmo no direito alemão, dá-se preferência à solução do direito contratual em caso de concorrência.

Imputação de responsabilidade e direito de danos como um vínculo comum – isso é realmente pouco, mais ainda porque também nessas duas matérias são previstos regimes significativamente diferentes para o contrato e a ação ilícita. E, pelo menos desde a diferenciação entre condição baseada na prestação e condição não baseada na prestação (principalmente na forma de condição de intervenção – “*Eingriffskondiktion*”), o direito do enriquecimento sem causa vem sendo considerado um anexo, de um lado, do direito contratual (para contratos nulos) e, de outro, do direito da responsabilidade civil, com a qual a intervenção no âmbito do enriquecimento sem causa mostra claros paralelos estruturais⁸. Em

7 Cf. Cornu, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, in: *Études de droit comparé*, 1962, p. 239s.; e Fabre-Magnan, op. cit. (nota de rodapé 6), p. 641-643 (nº 235).

8 Compare, por exemplo, Sirena, The DCFR – Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues, *ERCL* 4/2008, p. 450.

quintessência constata-se que o contrato, face ao ato ilícito e à relação jurídica especial daí resultante, aparece destacado e isolado, da mesma forma que diante de todo o direito das coisas, desde que não se trate aqui de transações autônomo-privadas. Então, quer dizer que não há unidade no direito civil, considerando o direito contratual como núcleo?

3. Poder de formação (autonomia privada) e vínculo como núcleo

Vendo-se, ao contrário, a formação autônomo-privada e seu quadro normativo como o núcleo do direito privado, então resulta um quadro totalmente diferente: o direito contratual e o societário são os campos do direito mais importantes para a liberdade de formação autônomo-privada, que por ela são totalmente trespassados e marcados. Ao mesmo tempo são também as duas matérias nas quais mais se discute acerca de um quadro normativo que mantenha as condições sob as quais a autonomia privada pode funcionar. E isso, muito mais que o direito das coisas e o direito de família, e, em todo caso, mais que o direito da responsabilidade delitual e do enriquecimento sem causa. Partindo-se de tal circunscrição da essência do direito privado, logo aparece uma combinação, como a que se encontra hoje no BGB, ou seja, condicionada historicamente e não necessariamente fundada material e objetivamente.

Importante é ter em vista, como ponto de partida, a modelagem (poder de formação) e o quadro normativo. Em ambos os lados, o direito contratual – pelo menos nas últimas décadas – e o direito societário aparecem como o verdadeiro núcleo do direito privado, com estruturas paralelas particularmente estreitas. Formação autônomo-privada, ou seja, autonomia privada – em nenhum lugar ela é tão dominante como no direito contratual e no societário. Apenas em relação ao direito das sociedades anônimas e dos contratos de trabalho poder-se-ia discutir se ela seria tão dominante. Mas, mesmo nas normas sobre sociedades anônimas, o direito imperativo parece um retrocesso⁹. E o direito de mercado de capitais, tão extraordinariamente importante para as grandes sociedades por ações, é, em essência, direito de informação, e deve, enquanto tal, possibilitar a influência autônomo-privada sobre

9 A Lei das Sociedades Anônimas alemã sempre foi vista como obrigatória/impositiva, salvo determinação em contrário (o chamado princípio do *'Satzungsstrenge'* - rigor do estatuto/estatutário), o que vale igualmente no continente (embora em menor grau). Veja-se, por exemplo, a coleção de estudos comparados de Lutter/Wiedemann (coord.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998; e Grundmann, *European Company Law*, 2007, n.º 406-409. Sobre os desenvolvimentos mais recentes, sobretudo a diferenciação segundo o critério de empresas cotadas e não cotadas nas bolsas de valores, veja-se: Schauer/Kalss e Windbichler, op. cit. (nota de rodapé 1).

a sociedade anônima e seus componentes¹⁰. Isso quer dizer que esse direito tem por objetivo procurar para os investidores as informações necessárias para tomar decisões informadas. Em função do que foi dito, não causa surpresa que logo aqui, no direito das sociedades, o termo *nexus of contracts* tenha sido tão proeminente. E entre ambos – direito contratual e direito societário – desenvolveram-se claramente campos intermediários que se tornaram áreas jurídicas próprias, como o direito do mercado de capitais, *outsourcing* e redes contratuais, que aqui são palavras-chaves. Tudo isso é muito menos marcante no direito de família e sucessões. Naturalmente, há partes do direito de família que são moldáveis, porém apenas partes. Além disso, o poder de formação lá é claramente mais limitado, de modo que não é, em todo caso, vivenciado de forma onipresente e em massa. O mesmo vale para o direito das sucessões, em que aproximadamente a metade do espólio fica reservada basicamente à família próxima e a outra metade fica a cargo do poder de disposição, constituindo limite tão somente os bons costumes (§ 138 BGB)¹¹. Isso está muito distante do sutil e diferenciado equilíbrio entre liberdade de formação e ordem de regulamentação (medidas de proteção) no direito contratual e societário. Em todo caso, é sempre o direito dos contratos que aparece como o modelo fundamental quando se discute acerca da liberdade de formação e seus limites no direito de família e, parcialmente, também no direito das sucessões.

Também ao lado do sistema de regulamentação, o direito contratual e o societário aparecem em destaque. Obviamente isso ocorre naquele campo jurídico que serve de modelo para cada sistema de regulamentação, seja na Alemanha ou em outros lugares. As regras sobre limitações de concorrência são bem orientadas por essas duas áreas do direito: o direito dos cartéis, pela liberdade de formação através do contrato, e as normas sobre controle de fusões, pela liberdade de formação no campo do direito societário. Depois do modelo e do direito da concorrência veio também, historicamente, o modelo da informação, como uma segunda e igualmente proeminente necessidade de política de regulamentação que

10 Para essa característica das regras de informação (apesar de seu caráter obrigatório): Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *CMLR* 39/2002, p. 269; Schön, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, *Festschrift Canaris* 2007, p. 1191.

11 Cf. as seguintes decisões do *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal) encontradas em: *BGHZ* 111, p. 36, principalmente p. 39-40; 140, p. 118, sobretudo p.128; *BGH WM* 1983, p. 19-20. Não se deve desconhecer que o direito de sucessões, após a Revolução Francesa, se desenvolveu comparativamente para uma área jurídica sujeita à autonomia privada, embora nessa discussão ele não constitua a área-mor. Sobre esse desenvolvimento: Canaris, op. cit. (nota de rodapé 3); Parnes/Vedder/Willer, *Das Konzept der Generation*, 2008, p. 101.

deve ser satisfeita¹². As regras sobre informações têm seu campo principal de aplicação no direito contratual, mas também no contrato de trabalho e no direito societário¹³. E não por último, o direito constitucional, enquanto base de um quadro normativo para o direito privado, não foi aplicado de forma tão proeminente em nenhum lugar como no direito contratual, principalmente com as decisões sobre agente comercial e garantias¹⁴. Menos conhecido em geral, mas também similarmente denso, é o paralelo desenvolvimento constitucional no direito societário, com a proteção da minoria como correspondente da proteção da parte mais fraca no direito contratual¹⁵.

Se o poder de composição autônomo-privado e seu sistema de regulamentação forem vistos como o núcleo do direito privado, então a ligação mais intensa no direito privado parece ser entre o direito contratual e os dois mais proeminentes campos jurídicos adjacentes, ou seja, o direito societário e o direito do trabalho, precisamente no que tange às regras sobre contratos de trabalho. Até mesmo em codificações encontram-se exemplos de tal ligação, notadamente no *Codice Civile* italiano (Livro 5) e também no Código Civil brasileiro (com o direito societário disciplinado no Livro 2 da Parte Especial), porque esses códigos incluíram essas matérias, o que os “grandes códigos civis” não tinham feito.

Entender o direito contratual como direito formativo, no qual as partes regulamentadoras também devem ser pensadas conjuntamente¹⁶,

12 Conhecidamente, os problemas de informação conduziram, nos anos 70, a uma segunda grande “onda” de regulamentação do mercado, por exemplo, no direito dos mercados de capitais – depois da primeira, que dizia respeito aos problemas de restrições à concorrência. Responsável por isso foi principalmente a formação da economia de informação desde os anos 70, depois que a teoria econômica da concorrência plena (e com isso o direito de concorrência) esteve em primeiro plano. Acerca desse desenvolvimento na área da informação, confira-se: Akerlof, *The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* 84/1970, p. 488; Spence, *Market Signalling - Information Transfer in Hiring and Related Screening Processes*, 1974; Stigler, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy* 3/1961, p. 213; hoje, por exemplo: Magat, in: Newmann (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2002, v. 2, p. 307-310 (‘Information Regulation’); e Grundmann/Kerber/Weatherill (coord.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001.

13 Veja no direito contratual: Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001; e Grundmann, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, *CMLR* 39/2002, p. 269; e Schulze/Ebers/Grigoleit (coord.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, 2003. No direito societário, confira-se: Grundmann, *Information und ihre Grenzen im Europäischen und neuen englischen Gesellschaftsrecht*, *Festschrift Lutter* 2000, p. 61; Grohmann, *Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2006. No direito do trabalho: Riesenhuber, *Nachweispflichten – Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht*, *Festschrift Bezzenerberger* 2000, p. 721. Sobre todas as áreas citadas e os métodos gerais: Grundmann/Kerber/Weatherill (coord.), op. cit. (nota de rodapé 12) e Schön, *Festschrift Canaris* 2007, p. 1191.

14 Cf. as seguintes decisões da Corte Constitucional Alemã em *BVerfGE* 81, p. 242-263; e 89, p. 214-236.

15 Para uma análise detalhada, confira-se Hofmann, *Der Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht*, 2010. Evidente, o direito de família tem que ser mencionado nesse contexto, onde especialmente as regras sobre conflitos de leis (com referência à nacionalidade do marido) foram vistas como contrárias ao direito constitucional e, por isso, devidamente modificadas.

16 Cf. Collins, *Regulating Contracts*, 1999; e Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1999.

produz consequências para o estilo: tomando-se a autonomia privada e a necessidade de proteção como ponto central, o direito contratual recebe uma marca que tradicionalmente é mais apropriada ao direito societário e econômico. O fato do direito contratual ser (e ter sido) pesquisado no contexto de áreas jurídicas nas quais formação, planejamento e política de regulamentação econômica têm um papel praticamente inexistente ou proporcionalmente pequeno – como a responsabilidade extracontratual, o direito das coisas, da família e das sucessões – fez com que o estilo na ciência jurídica contratual e na societária surpreendentemente se distanciassem. A ciência jurídica dos contratos e das obrigações é mais fortemente marcada pela dogmática, menos orientada à pesquisa de mercados, à formação e também à prática, mas exatamente tudo isso é característico para a ciência do direito societário, além de uma significativa orientação interdisciplinar. Embora o conceito de *Governance* seja de difícil compreensão, seu significado predominante no direito societário – e não no direito contratual – lança uma luz decisiva sobre a diferença de estilo, o que será mais adiante abordado (item IV/5). Sociedade e contrato ou *Firm and Market* – esse não é um “par” vivenciado na ciência do direito privado na Europa Continental. Para o direito contratual, a falta de uma visão conjunta com o direito das sociedades, enquanto segunda grande parte do direito privado orientado primariamente à autonomia privada, significa que os paralelos evidentes entre ambos são pouco discutidos – e isso em detrimento de ambas as disciplinas, mas talvez muito mais para o direito contratual e suas chances de desenvolvimento. Isso pode ser abordado através de quatro complexos de questões analisadas a partir de agora.

IV. LINHAS DE LIGAÇÃO ENTRE DIREITO ORGANIZACIONAL E DIREITO TRANSACIONAL (*FIRM AND MARKET*)

Se a seguir serão analisadas as conexões entre direito societário e direito contratual, então deve-se abordar em primeiro lugar o conteúdo nuclear de regras e princípios centrais – nomeadamente da conexão (abaixo 1) e da regulamentação da natureza de longo prazo da cooperação (abaixo 2) Em seguida, abordar-se-á algo mais abstrato: as importantes questões acerca das perspectivas e técnicas de regulamentação, mais precisamente quais são os efeitos externos da “obra normativa”, construída com base na autonomia privada (abaixo 3); qual a relação entre a autonomia privada e a função de proteção (abaixo 4) e quais paralelos se observam a partir

da perspectiva da análise da *Governance* (abaixo 5). Em tudo isso deve-se questionar se a divisão entre direito societário e direito contratual, que cinde os campos jurídicos, descreve a mesma separação largamente discutida na teoria econômica, com remissão a Ronald Coase: organização (*Firm*) e transação (*Market*) são aí entendidas como as alternativas centrais para a formação autônomo-privada¹⁷, pois, num caso, as transações necessárias para a produção são feitas dentro de uma instituição hierarquicamente organizada, enquanto, no outro, essas mesmas transações são feitas novamente e com parceiros que podem ser escolhidos pela parte.

1. Nexus of Contracts

Rede de contratos ou *nexus of contracts* – esse é um conceito tanto no direito contratual, quanto no direito societário. Além disso, a ideia central expressa através da terminologia nas respectivas áreas jurídicas não é tão distinta no seu ponto de partida. No direito contratual, trata-se, sobretudo, de saber quais efeitos são desencadeados em razão das partes quererem formar uma rede de contratos, tendo em vista que isso é imprescindível para o êxito de cada uma. Pensável seria primeiro se, por causa dessa circunstância, o conteúdo e a interpretação dos respectivos contratos individuais (elos da corrente) seriam modificados. Por exemplo: um prazo de prescrição só começaria a contar depois da conclusão do último contrato (*downstream* do produtor até o último vendedor e cliente). Também deveria se pensar se, por causa do objetivo por todos compartilhado (êxito da rede), poderiam surgir pretensões fora dos contratos individuais, isto é, além das fronteiras dos respectivos contratos, ou seja, pretensões diretas – por exemplo, de indenização – entre dois membros da rede, entre os quais, contudo, não existe nenhum contrato. Em última análise, trata-se de modificar o resultado alcançado no contrato individual em razão da existência da rede¹⁸. Os trabalhos sobre redes contratuais confirmam,

17 Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4/1937, p. 386; Hayek, “Miracle of the market”; e Barnard, “Miracle of the firm”, *The Functions of the Executive*, 1938, p. 6 et passim. Atualmente: Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 2ª ed., 1996, p. 8 et seq.; Eidenmüller, *Juristen-Zeitung* 2001, p. 1041s., especialmente p. 1042; e Hart, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, 1997, especialmente p. 6-8, 15-55.

18 Veja-se (também acerca das diferentes opiniões defendidas no texto): Amstutz, *Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung*, *Festschrift Rey* 2003, p. 161s., principalmente p. 168-170; Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act – Towards European Principles?*, *European Review of Contract Law* 4/2008, p. 493; Grundmann, *Die Dogmatik des Vertragsnetzes*, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 207/2007, p. 718s., principalmente p. 723s. (Cf. a versão em português: A dogmática das redes contratuais, *Revista de Direito Privado*, aguardando publicação); Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund – Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time aus sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, 2004, p. 25-28, p. 141-143, p. 161 et passim; e Wellenhofer, *Drittwirkung von Schutzpflichten im Netz*, *Kritische Vierteljahresschrift (KritV)* 2006, p. 187s., especialmente p. 192, 194 e 196 et seq. et passim.

sem exceção, uma das duas soluções descritas. As normas relativamente recentes e permitidas por muitos países a nível supranacional, como o direito de regresso na cadeia de vendas (Art. 4º. da Diretiva sobre Compra e Venda de Mercadorias da União Europeia) já sugerem ser essa também a visão do legislador europeu e nacional. A polémica gira principalmente em torno de saber se melhor seria optar pela solução das pretensões diretas ou das modificações nos respectivos contratos individuais, qual das duas deve ser entendida como regra e qual como exceção, a ser especialmente justificada.

No direito societário, a teoria do *nexus of contracts* tem uma linha de pensamento similar, mas naturalmente por outra razão. A ideia central parte do princípio de que a sociedade deve ser vista como a soma das relações contratuais entre um sócio e cada um dos demais, em função de que todos podem ter entre si direitos e pretensões diretas¹⁹. Essa ideia é propagada principalmente por autores alinhados à teoria econômica do direito, com a qual o individualismo metodológico é usado claramente como o axioma de qualquer observação econômico-institucional. Essa ideia dirige-se igualmente contra a concepção de que os sócios mantêm uma relação jurídica exclusivamente com a pessoa jurídica, não, contudo, com os demais sócios. Essa concepção acabou praticamente predominando, em particular na Alemanha, como prova o desenvolvimento da jurisprudência e da dogmática acerca do dever de lealdade, que cada acionário deve ter para com cada outro acionário, mesmo no direito das sociedades anônimas²⁰. Com isso, rejeitou-se a concepção de que cada acionista só teria relações jurídicas com a pessoa jurídica, que seria somente um instrumento para limitar a responsabilidade pessoal dos sócios, que não atuavam perante terceiros. A ideia de que existe uma relação entre

19 Protagonistas da teoria do 'nexus of contracts': Alchian/Demsetz, Production, Information Costs and Business Organization, *The American Economic Review* 72/1972, p. 777s.; Coase, The Nature of the Firm, *Economica* 4/1937, p. 386s.; Cheung, The Contractual Nature of the Firm, *The Journal of Law and Economics* 26/1963, p. 1s.; Jensen/Meckling, Theory of the Firm – Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics* 3/1976, p. 305s.; Klein, The Modern Business Organization – Bargaining under Constraints, *The Yale Law Journal* 91/1982, p.1521s.; e Williamson, Corporate Governance, *The Yale Law Journal* 93/1984, p. 1196s.

20 O dever de lealdade (*Treupflicht*) vincula também todos os acionistas frente aos demais, bem como os pequenos acionistas face aos grandes acionistas da companhia: veja-se sobretudo a decisão do Superior Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) no repertório de jurisprudência BGHZ 103, p. 184s., princ. p. 194 (Caso Linotype), que tem sido confirmada muitas vezes desde então, por exemplo, em BGHZ 129, p. 136, princ. p. 142-144 (Caso Girmes, também para pequenos investidores); e BGHZ 142, p. 167s., princ. p. 169 et seq. (Caso Hilgers). Com posicionamento favorável, cf.: Henze, *Festschrift Kellermann* 1991, p. 151 et seq.; Hüffer, *Festschrift Steindorff* 1996, p. 59s., princ. p. 75 et seq.; Lutter, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 153/1989, p. 446s., esp. 449-452; id., *JZ* 1976, p. 225s., esp. p. 225-233; Wiedemann, *Festschrift Barz* 1974, p. 561s., princ., p. 569. Atualmente, aceito pacificamente na doutrina: Henze/Notz, *GroßkomAktG*, 4ª. ed., 2004, anexo ao § 53ª, nº 7-9.

cada acionista e os demais resulta do fato de que todos os sócios têm um acordo comum, perseguem um objetivo comum e o lucro é distribuído segundo uma quota predeterminada. Dessa forma, cada sócio firma conceitualmente, de fato, esse compromisso com cada sócio, porque se um acionista toma mais que o correspondente a sua quota, viola automaticamente também o interesse pessoal de cada outro acionista. Por fim, a questão da proteção da minoria diz respeito principalmente a como assegurar-se de fato a quota acordada²¹ sem tirar da sociedade a flexibilidade necessária para seu desenvolvimento no futuro.

Como no direito contratual, também aqui a questão do *nexus of contracts* diz respeito ao dever direto e recíproco dos membros da rede quanto à manutenção do combinado. A resposta a essa questão é, a meu ver, em princípio, diferente nas duas áreas: enquanto no direito societário o dever direto diante de todos os membros forma a regra, na rede contratual isso constitui exceção. E a verdadeira razão disso encontra-se num ponto já mencionado: o lucro no direito societário é visto como um conjunto a ser partilhado segundo uma quota preestabelecida. Com efeito, no direito societário vige o mecanismo de que o lucro é obtido conjuntamente, ou seja, as contribuições são reunidas num *pool*, bem como as receitas, as quais são periodicamente distribuídas conforme um código ou mecanismo predeterminado. O fato de que o modo de distribuição pode ser extremamente benéfico para alguns membros (*societas leonina*) não altera em nada o conceito fundamental. No contrato e nas redes contratuais vige, ao contrário, o princípio do caixa separado. No primeiro caso, para a execução do combinado é preciso que cada membro tenha uma pretensão direta contra qualquer membro da rede que quebre o combinado, porque (i) o acordo comum sobre o *pool* e a distribuição foi, com efeito, violado e (ii) tal pretensão direta parece mais plausível em uma base legal conjunta conhecida e concebida por todos os membros, como é o contrato social. Com o princípio do caixa separado, ao contrário, não se constata sistematicamente uma infração contra os membros da rede com os quais os envolvidos não estão ligados contratualmente, pois o acordo parte exatamente do princípio de que cada um trabalha por si, ou seja, que nessa forma de organização as vantagens do mercado em relação à organização devem ficar mais preservadas. Na maioria das vezes, falta até um contrato comum e o contrato-rede aparece como mera ficção.

21. Veja, por exemplo, Grundmann, *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, 1997, esp. p. 192-236 e 265-284; bem como Hofmann *op. cit.* (nota de rodapé 15).

Em questões de conexões, pode-se constatar uma significativa diferença no resultado em razão dos diferentes pontos de partida, isto é, se vige o princípio do caixa conjunto ou do caixa separado. E essa diferença caminha paralelamente ao ponto de vista fundamental, acentuado na teoria econômica, para a contraposição entre *Firm* e *Market*. A ideia dessa contraposição na teoria econômica é inspirada em um cálculo de custos que não é o mesmo nessas diferentes formas de organização: lá se coloca que na empresa (*Firm*) os custos de procura contínua por novos parceiros são menores (os denominados *search costs*), enquanto, inversamente, os custos de supervisão dos “membros da rede” são mais altos (os próprios custos, tanto quanto os danos resultantes de falhas na supervisão, os denominados *agency costs*) e no mercado ocorre exatamente o contrário. Os *agency costs* têm, à luz do princípio do caixa comum, uma relevância inteiramente diferente, o que será abordado novamente ao se tratar do tema das relações de longo prazo no direito dos contratos e das sociedades (abaixo 2).

O fato de existir entre ambas as formas de organização transições e casos-limites que suscitem problemas de classificação, não fala (como em geral) contra a delimitação em si, porque o critério de delimitação de caixa comum ou separado é muito básico. Se a finalidade comum falar a favor da vinculação básica e de relações diretas entre todos os membros da rede, e o simples objetivo da rede, em caso de caixas separados, falar contra relações diretas entre todos os membros da rede, isso não significa, contudo, que ambos os modelos não possam se aproximar parcialmente. De qualquer maneira, a autonomia privada permite que algumas regras do direito societário possam ser reproduzidas (por cláusula contratual) também na rede contratual – desde certos elementos do caixa comum até um órgão decisório comum para determinadas questões. E, inversamente, algumas questões sobre contribuição ou participação no lucro podem ser excluídas no direito societário ou mesmo no direito das sociedades anônimas e, conseqüentemente, não se aplicar aqui o princípio do esforço e do caixa comum. Isso, contudo, não faz com que a separação entre ambos os polos se torne menos necessária ou útil.

2. Contrato de longo prazo

O que foi dito até aqui tem efeito significativo sobre a segunda característica central, agora explicada. A teoria dos contratos de longo prazo baseia-se, sobretudo, em duas linhas de pesquisa: a das relações relacionais

(contratuais e em sociedades)²² e a da pesquisa de governança²³. Ambas partilham a cognição que sobretudo a impossibilidade de conhecer o futuro cria problemas completamente peculiares, que diferenciam fundamentalmente esse tipo de relação contratual dos clássicos contratos de troca de prestações simples. Nestes últimos, os acontecimentos imprevisíveis para as partes contratuais reduzem-se principalmente à questão se a outra parte cumpriu o contrato corretamente ou não. Um contrato completo, no qual todas as eventualidades encontram-se regulamentadas, é, de qualquer forma, concebível. Em particular, o dever de prestação pode ser concretamente esboçado. Mas exatamente isso, ou seja, a determinação precisa da obrigação, é impossível em muitos contratos de longo prazo, desde o seu ponto de partida (com exceções, como o contrato de aluguel).

Disso resultam riscos específicos: como as relações de longo prazo frequentemente exigem um alto investimento, é alto o risco de que a outra parte se aproveite dessa posição de fraqueza criada pela impossibilidade de se retirar e voltar atrás nesse investimento (o chamado oportunismo *ex-post*)²⁴. Um outro perigo similar existe decerto quando o arranjo jurídico permite uma manutenção excessiva ao contrato. Contratos – como os de trabalho, de crédito ou ainda os de sociedade – não podem produzir efeitos indefinidamente, como um benefício constante, através de uma exagerada proteção contra seu desfazimento. Muito mais importante é que as regras para a determinação da prestação devida durante o transcurso da relação contratual estejam estabelecidas, as quais

22 O termo “relacional” deve ser entendido como sinônimo de ‘mais intenso’ ou ‘criando uma verdadeira relação’ (de longo prazo). Macaulay distingue dois contratos: os que criam relações (*relations*) e os que não criam relações, mas apenas trocas simples e rápidas. Cf. Macaulay, Non-Contractual Relations in Business – a Preliminary Study, *American Sociological Review* 28/1963, p. 55s.; MacNeil, The Many Futures of Contracts, *Southern California Law Review* 47/1974, p. 691s.; Williamson, Markets and Hierarchies – Some Elementary Considerations, *American Economic Review, Papers and Proceedings* 63/1973, p. 316s. (cf. também as indicações na próxima nota de rodapé); Goldberg, Relational Exchange – Economic and Complex Contracts, *American Behavioural Scientist* 23/1980, p. 337s.; Klein/Crawford/Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, *Journal of Law and Economics* 28/1978, p. 297s.

23 Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *J. Law & Econ.* 22/1979, p. 233-261; id., *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, p. 43-63 e 68-84. Sobre a combinação entre direito contratual e direito societário sob esse ponto de vista, veja-se Riesenhuber/Möslein, Contract Governance, *ERCL* 5/2009, p. 248s.

24 Sobre essa forma de oportunismo, veja-se as obras citadas de Williamson (última nota de rodapé); id., *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications*, 1975, passim; id., in: Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 2, 1998, p. 703-710 (‘Opportunistic behaviour in contracts’); e também Arrow, The Economics of Agency’ in: Pratt/Zeckhauser (coord.), *Principals and Agents – The Structure of Business*, 1985, 37; Tirole, Incomplete Contracts – Where do we Stand?, *Econometrica* 67/1999, p. 741s.; Shell, Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts – Towards a New Cause of Action, *Vanderbilt Law Review* 44/1991, p. 221s.; Furubotn/Richter, *Institutions and Economic Theory – The Contribution of the New Institutional Economics*, 2ª ed., 2005, p. 135-154, 342-351 et passim; e Kotowitz, in: Durlauf/Blume (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 5, 2008, p. 773-777 (‘Moral Hazard’).

substituem a própria descrição da prestação. Os pressupostos para essa regulamentação, que se coloca no lugar da descrição da prestação, constituem o objeto principal do direito dos contratos de longo prazo. Característico desses pressupostos é a “procedimentalização”: sempre se deve perguntar como o conteúdo do dever de prestação será determinado no futuro, tão logo as circunstâncias se esclareçam. Isso pode acontecer de modo consensual (princípio do consensualismo) ou, eventualmente, também com a inserção de um terceiro, por exemplo, com a transferência da decisão para uma “autoridade”.

O modelo realmente mais importante no direito contratual é o da relação de mandato, na qual uma parte age no interesse (e por conta) de outra e, por outro lado, só pode perseguir seu próprio interesse através da remuneração (*no hidden gains*). O modelo no direito societário é, em essência, a relação de mandato ou de fidúcia, na qual a respectiva administração é obrigada a agir para o caixa/empreendimento conjunto²⁵. A separação entre a persecução admissível dos próprios interesses e a vinculação exclusiva a interesses alheios é, decerto, mais difícil quando o administrador também é sócio. Não obstante, o modelo básico do dever de defesa dos interesses alheios também é determinante para o empreendimento comum. Isso significa, ao mesmo tempo, uma grande proximidade entre as relações contratuais continuadas e o dever dos respectivos órgãos de direção de promover a finalidade e de defender os interesses da sociedade – discussão que é capaz de encher várias bibliotecas no direito societário, diferentemente do que ocorre no campo contratual, onde parco é o debate em sede de relações contratuais de longo prazo. A diferença não é evidentemente principiológica: a única distinção é que na situação contratual o agente age para interesse alheio de um caixa separado (do principal) e na sociedade a direção age para interesse – também alheio – de um caixa comum. Então, o agente na situação contratual também pode agir como *agent* para com a outra parte contratual, mas neste caso para caixa separado. Em outras palavras, especialmente a teoria do agente-principal, que tem como objeto central a vinculação ao interesse alheio

25 Sobre o dever de defesa dos interesses no direito societário (face ainda a um mero dever de agir conforme a boa-fé objetiva), veja Grundmann, in: *GroßkomAktG*, 4ª ed., 2008, § 136, nº 50-52; id., *Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand*, 1997, p. 202-220; Henze/Notz, in: *GroßkomAktG*, 4ª ed., 2004, Anexo ao § 53a, nº 53 et seq.; Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, 21ª ed., 2009, § 26, nº 26; e Fleischer, in: Schmidt/Lutter (coord.), *Aktiengesetz*, 2008, § 53a, nº 55.

nas relações de longo prazo²⁶, deve ser entendida como uma teoria de natureza societária e contratual.

Para a diferenciação básica acima abordada entre *Firm and Market*, isso significa que, a propósito da incerteza do futuro e da reação a esse dilema, a linha demarcatória entre *Firm* e *Market* ou sociedade e contrato transcorre diferentemente do que quanto ao critério da conexão. Se fosse possível, de fato, sob o ponto de vista dessa interligação, diferenciar entre direito societário e contratual da mesma forma que *Firm and Market*, então, essa linha de demarcação seria outra sob o ponto de vista do desconhecimento do futuro e da reação a esse dilema. Sob esse ponto de vista, a linha limítrofe corre através do direito contratual: o modelo de altos custos de busca e custos menores de supervisão é válido para os contratos de trocas simples (de uma só vez). O modelo inverso é válido para contratos de longo prazo: aqui aumentam os custos de supervisão (incluindo os de supervisão falha) e diminuem os custos de busca.

Determinante para o nível dos custos respectivos é o respectivo arranjo jurídico, que pode resultar, em larga medida, igual nos contratos de longo prazo e nos societários: em relação ao desfazimento do contrato ou da relação societária (limites altos ou não), à importante questão da compensação depois do desfazimento (exclusão ou não), quanto a outros direitos. Enquanto todas essas questões são amplamente discutidas no direito societário, a ponto de reinar segurança jurídica em relação a elas, o mesmo não acontece quanto aos contratos de longo prazo²⁷. Por consequência, certos arranjos – classificados do ponto de vista econômico como equivalentes funcionais e não alternativos, e que aparecem fixados paralelamente pelas estruturas básicas de custo e estímulos – são discutidos em diferentes áreas jurídicas, no direito societário e no direito contratual (dos contratos de longo prazo), sem a menor consideração dos paralelos. Numa sociedade de prestação de serviços, com um alto número de contratos de longo prazo, a linha demarcatória corre no campo contratual

26 Cf. Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics* 3/1976, p. 305s.; Jensen/Meckling, Separation of Ownership and Control, *Journal of Law and Economics* 26/1983, p. 301s.; atualmente: Roe, *Strong managers and weak owners – the political roots of American corporate finance*, 1994; Shleifer/Vishny, A survey of corporate governance, *Journal of Finance* 52/1997, p. 737s.; boa descrição também em Ruffner, *Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft – ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance*, 2000, p. 131 et seq. Para uma visão estritamente contratual dessas questões, veja Schweizer, *Vertragstheorie*, 1999, p. 33-85 e 230-238.

27 Quanto às relações contratuais de longo prazo, a doutrina no continente não é muito rica, veja: Jickeli, *Der langfristige Vertrag*, 1996; Niklisch (coord.), *Vertragsnetzwerke komplexer Langzeitverträge*, 2001; Kern, *Ökonomische Theorie der Langzeitverträge*, *Juristische Schulung* 1992, p. 13s.; e mais especificamente sobre a questão do desfazimento, Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994.

entre contratos de troca simples e contratos (de serviços) de longo prazo, e não entre direito societário e direito contratual.

Já que principalmente a divisão entre direito societário e direito contratual transcorre nos mais abalizados círculos de discussão, até nos órgãos legislativos na Alemanha e na União Européia, os pressupostos para uma discussão conjunta das correspondências funcionais entre contrato e sociedade não estão de modo nenhum assentados, porque os órgãos competentes são diferentes. O resultado do fato dessa distinção transcorrer diferentemente sob os pontos de vista do caráter da continuidade da relação e da conexão é interessante também para a alternativa *Firm and Market*, pois a ligação de contratos de longo prazo a redes contratuais forma uma das mais importantes – senão a mais – forma real da modelagem contratual de produção (contratos de fornecimento) e distribuição, assim como nas questões de financiamento e aquisição de capital.

3. Visão interna e externa

O significado fundamental do desenvolvimento do direito de mercado de capitais para o direito societário e econômico já foi introdutoriamente mencionado. Existe uma visão interna e uma visão externa que acaba por diferenciar, por exemplo, a governança interna da governança externa quanto à questão do parâmetro de influência e processo decisório. Assim, por exemplo, quanto à posição de influência dos acionistas, distingue-se entre a influência exercida na assembleia geral (*Voice*) e a exercida através de compra ou venda nos mercados de capitais (*Exit* e *Wall Street Rule*). Ambas as dimensões estão com frequência intensamente conectadas entre si. Isso ocorre claramente nas normas sobre aquisição hostil, porque a aceitação da oferta (*Exit*) conduz tipicamente à reestruturação no órgão de direção, enquanto titular central das decisões (e as decisões são o paradigma de *Voice*). Igualmente intensa é a conexão entre efeitos internos e externos na questão da organização da remuneração dos diretores da sociedade que, em decorrência da crise financeira, é vista também em sua potencial eficácia face a terceiros. Esse exemplo mostra claramente como a visão externa também é fortemente indicada no direito dos contratos, pois conhecidamente constatavam-se incentivos de remuneração de curto prazo, principalmente nos operadores imediatos, os corretores de títulos (*Brokers*).

A crise financeira acaba de mostrar que o credo fundamental para a organização do Código Civil, com a separação entre direitos relativos

e direitos absolutos nos Livros 2 e 3, provoca consequências muito problemáticas, porque a eficácia dos contratos face a terceiros foi e continua sendo esquecida. Revela mais precisamente que uma imprudente concessão de crédito também pode atingir terceiros; que a securitização e a revenda posterior entre as entidades de propósito específico (*Special Purpose Vehicle*) e os investidores faz crescer exponencialmente a disposição de assunção de riscos do concesso original do crédito; que uma nota de risco (*Rating*) irresponsável prejudica sobretudo terceiros, quartos e quintos e que um comportamento de investimento em massa (comportamento em bando) faz os riscos se tornarem muito sistêmicos. A crise financeira é também uma crise científica. E também uma crise para o princípio da relatividade no direito dos contratos e, consequentemente, para a ciência do direito contratual. Isso tem uma longa tradição. Em um dos casos mais proeminentes de eficácia para terceiros de relações contratuais internas, a eficácia externa de acordos fiduciários foi entendida – de acordo com o credo tradicional – como um tipo de direito “quase real” e com isso dissimulou-se o problema geral de que os contratos também produzem efeitos externos²⁸.

Nos exemplos dados até aqui trata-se, sobretudo, de eficácia negativa das relações contratuais sobre terceiros, o que já foi longamente discutido. De fato, discutiu-se (Seção III/3) há pouco o exemplo clássico para o direito contratual, ou seja, o contrato de cartel – que, porém, é tipicamente discutido em outros círculos além dos especializados em direito contratual. Isso mostra que as questões e os campos de regulamentação devem ser mais intensamente integrados na ciência do direito contratual (abaixo 4). O exemplo da eficácia externa negativa é somente um no qual se revela a necessidade de uma discussão sistemática acerca da eficácia externa dos contratos. Conceitualmente, deve-se distinguir – no direito societário, assim como no direito contratual, especialmente no direito dos contratos de longo prazo – quatro dimensões: *eficácia externa negativa do contrato sobre terceiros*; *eficácia externa positiva sobre terceiros*, que é discutida intensamente, porém de forma isolada, com a figura do contrato com eficácia protetora para terceiros; e, inversamente, as possibili-

28 Confira-se, de um lado, acerca da visão majoritária do conceito de direitos “quase reais”: Canaris, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, *Festschrift Flume* 1/1978, p. 371s., esp. p. 411-419; Kötz, *Trust und Treuhand – eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts*, 1963, p. 140 *et passim*; e de outro, acerca da eficácia para terceiros de relações contratuais, Grundmann, *Der Treuhandvertrag* (nota de rodapé 25), p. 318-324 e 328-331 (com mais referências acerca da visão majoritária, p. 312).

dades positivas e negativas de influência de terceiros sobre o contrato. Foi a discussão sobre governança no direito societário que acabou por trazer para o centro a problemática da repercussão externa sobre a organização. Aqui deve-se registrar o direito de aquisição hostil, a *Wall Street Rule* e, no essencial, toda a *Corporate Governance* externa. Sobretudo o comportamento em massa não é, em princípio, sequer um campo de pesquisa desenvolvido para a ciência do direito contratual.

4. Integração de formação e regulamentação

Concluindo, deve-se colocar novamente sob exame o *proprium* do direito privado acima esboçado. Trata-se dos dois grandes complexos de regras no direito contratual e também no direito societário: de um lado, as regras que devem ser entendidas principalmente como uma oferta às partes, uma vez que complementam o arranjo negociado pelos contratantes, substituem-no em casos de lacunas e que estão à disposição nas negociações como diretrizes ou “pontos de apoio”, isto é, a chamada *ordem contratual reserva*²⁹; e de outro lado, aquelas que intervêm no direito contratual e no direito societário com o objetivo de regulamentar e proteger principalmente os interesses de terceiros não representados no processo negocial ou das partes mais fracas.

Tomando em consideração esses dois grupos de regras, constata-se no direito societário desde o início – em todo caso, já há muitas décadas – um estreito entrelaçamento. Com o direito de controle de fusão e de fiscalização sobre ramos específicos (precisamente, de fornecedor de serviços financeiros) existem áreas de regulamentação que são tradicionalmente vistas como claramente separadas do direito societário. No direito do mercado de capitais (com a proteção do investidor), isso já é visto hoje majoritariamente como uma visão ultrapassada, acentuando-se a ligação interna entre direito das sociedades e direito do mercado de capitais³⁰. De qualquer modo, a proteção de credores, a proteção da minoria e, na

29 Para direito societário, veja por exemplo: Procaccia, *The Corporate Code as a Standard Form Contract – General Theoretical Remarks and Implications for German Law*, *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 1990, p. 169s., 171 *et seq.*; para direito contratual, Grundmann, *Europäisches Handelsrecht - vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 163/1999, p. 635s., especialmente p. 650.

30 Cf. Fleischer, *Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2006, p. 451s.; Grundmann *op. cit.* (nota de rodapé 9), n.º 5 *et seq.*, p. 1314; Mülbart/Birke, *Das übernahmerechtliche Behinderungsverbot - die angemessene Rolle der Verwaltung einer Zielgesellschaft in einer feindlichen Übernahme*, *Wertpapier-Mitteilungen (WM)* 2001, p. 705, esp. p. 709; Teichmann, *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (ZGR)* 2001, p. 645s., princ. p. 663, 671, 675 e 678 *et seq.* Por fim, para todo o debate acerca da formação e extensão de um direito de sociedades por ações cotadas em bolsas de valores, confira-se as indicações da nota de rodapé 32.

Alemanha, também a representação de importantes *stakeholders* (partes interessadas), principalmente a representação de empregados, são vistas desde o princípio como parte genuína do direito societário, especialmente no direito das sociedades anônimas e das empresas listadas em bolsas de valores. Essa também é a visão do legislador constitucional europeu, que reuniu esses objetivos de proteção em uma única norma (art. 50, § 2º, alínea g do Tratado de Lisboa, que substituiu o idêntico art. 44 do Tratado da UE). Por outro lado, nas demais partes – também no direito das sociedades por ações – inúmeras são as possibilidades de arranjo e as correspondentes “sugestões” do legislador. Depois do que foi dito, a parte maleável do direito societário, passível de composição, parece se estender especialmente no direito das sociedades anônimas e das sociedades de capital: com o princípio *Comply or Explain* em toda a extensa área da *Corporate Governance*, bem como com a crescente implementação de uma liberdade de escolha do direito e, consequentemente, de uma concorrência entre diferentes legisladores nessas áreas.

Exatamente na direção oposta transcorre o desenvolvimento no direito contratual, o que deve ser visto no conjunto como tendência à convergência. Também lá havia, como exposto, a tradição de separar a parte reguladora, principalmente através das normas contra limitações da concorrência e do direito de fiscalização sobre áreas específicas (sobretudo na área financeira). Por outro lado, faltou durante muito tempo qualquer parte reguladora “dentro” do direito contratual, ou seja, estreitamente entrelaçada com a parte passível de composição, isto é, com a ordem contratual reserva. No entanto, nas últimas décadas houve progressivamente o surgimento dessa parte reguladora no direito contratual, que, na realidade, aparece em alternância ao clássico direito contratual, essencialmente orientado à formação do contrato. O direito do consumidor apresenta-se como paradigma. Tem-se aqui um claro exemplo de um direito contratual regulamentador – para a proteção no mercado da parte contratual mais fraca – mas, sem dúvida, existe uma estreita relação para com o restante do direito contratual, que é semelhante, por exemplo, à relação, no direito societário, entre a proteção dos credores e a liberdade dos fundadores de estabelecer a estrutura do capital da sociedade.

Em nenhum lugar isso se mostra tão claro como no direito de compra e venda, no qual o direito internacional de compra e venda (comercial) da ONU serviu de modelo para a diretiva europeia sobre compra e venda

a consumidores que, por sua vez, serviu de modelo para a transposição no direito da perturbação da prestação do direito geral das obrigações, mais precisamente, do direito contratual do BGB. Ou seja, importantes modelos servem tanto para o direito dos contratos comerciais, como para os contratos de consumo e para o direito contratual geral. Ao lado aparecem também algumas áreas, como o direito da concorrência desleal (principalmente no que tange à propaganda), que em importantes partes se inserem cada vez mais no amplo direito da preparação e conclusão do contrato. Também as normas contra discriminação devem ser mencionadas atualmente nesse contexto. Quão nova é essa visão para o direito contratual, comprova-se, dentre outros, no fato de que a integração dessa área ainda provoca uma “guerra religiosa” no direito contratual, o que hoje sequer é o caso no direito societário em relação à integração da proteção dos credores, das minorias e dos investidores. E esses setores não são ainda vistos como direito contratual³¹, de modo que até as recentes sugestões de codificações encaram de maneira reservada ou hostil uma verdadeira integração dessa parte regulamentadora do direito contratual³².

Enquanto o estilo do debate sobre composição e regulamentação ainda é muito diferenciado no direito societário e no direito contratual, a relação de tensão aqui explanada é hoje igualmente marcante para ambos os campos jurídicos, tanto com um quadro normativo que não parece verdadeiramente integrado no direito contratual ou no societário e que, por isso, fica “externo” aos mesmos (precisamente, o direito contra limitações de concorrência), como também com as partes regulamentadoras que aparecem estreitamente interligadas com aquelas passíveis de arranjo.

5. *Governance* e Direito como infraestrutura da formação

O exposto até aqui tem uma estreita ligação com as pesquisas realizadas sob o manto do termo *governance*. Originalmente – em *Williamson* – elas foram relacionadas na mesma medida aos contratos (de longo prazo) e às organizações societárias. Enquanto no direito societário elas percorre-

31 Veja-se somente 9ª. Justificação (2ª frase) no preâmbulo da Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 sobre práticas comerciais desleais das empresas face a consumidores no mercado interno, que altera a Directiva do Conselho 84/450/CEE e as Directivas do Parlamento Europeu 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) nº 2006/2004, JO L 149 de 11.06.2005, p. 22

32 Isso se aplica também ao Quadro Comum de Referência (Common Frame of Reference - CFR). Sobre o Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e de Pesquisas em Direito Privado da União Europeia (Grupo Acquis), veja-se Christian von Bar/ E. Clive / H. Schulte-Nölke et al. (coord.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, agora nova edição com comentários. O DCFR levou em consideração somente as partes da regulamentação que o *acquis communautaire* já havia implementado no direito contratual, por exemplo, o direito contra discriminação e os deveres de informação, não, ao contrário, as partes com conteúdo contratual da área da concorrência desleal (veja nota de rodapé anterior) ou regras sobre isenções de bloco, dentre outras.

ram um impressionante caminho de desenvolvimento³³, no direito contratual até agora somente os pioneiros falam de uma “*contract governance*”. E, apesar disso, é de se esperar muito aqui: uma forte internacionalização, forte interdisciplinaridade, uma intensa visão conjunta de relação interna e efeitos externos da organização, e principalmente o forte foco sobre técnicas e ideias de regulamentação, que trouxe toda a discussão da governança corporativa para o direito societário. A crise financeira, com seus múltiplos problemas contratuais, pode funcionar como um gatilho. A cooperação cada vez mais íntima entre o regulamentador público e o privado, que cria o arranjo normativo, deve ser vista igualmente nesse contexto. E não por último a ideia de que o direito funciona como verdadeira infraestrutura da ação parece tão especialmente importante no direito contratual e societário, porque sem sua infraestrutura uma ação sequer parece possível, o que é evidentemente diferente em casos de ações ilícitas³⁴. Com efeito, não se pode entrar num contrato sem o direito, mas pode-se cometer um ilícito sem o direito. Em suma, trata-se essencialmente do planejamento futuro do arranjo através de consenso.

V. PANORAMA: UNIDADE COMO QUESTÃO DE FORMULAÇÃO NORMATIVA

O direito privado é concebido a partir da autonomia privada e da autonomia das partes, além da regulamentação, que conserva suas condições de operação. Se o *proprium*, a essência do direito privado for vista nisso – ou mais ainda na citada relação de tensão – então deve-se refletir acerca da unidade do direito privado: nem o direito civil, nem o direito das obrigações podem formar seu núcleo. É preciso antes de tudo visualizar os principais campos de formação autônomo-privada e principalmente também sua visão conjunta. Já foi abordado quão importante é essa compreensão de visão conjunta à partir da perspectiva da crise financeira, assim como quão importante essa compreensão é também para o direito con-

33 Veja, por exemplo, Barbiera, *Il Corporate Governance in Europa – Amministrazione e controlli nelle società per azioni in Italia, Francia, Germania e Regno Unito*, 2000; Hommelhoff/Hopt/von Werder (coord.), *Handbuch Corporate Governance*, 2003; Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge (coord.), *Comparative Corporate Governance – the State of the Art and Emerging Research*, 1998; Hopt/Wymeersch (coord.), *Comparative Corporate Governance - Essays and Materials*, 1997; Keasy/Thompton/Wright (coord.), *Corporate Governance*, 4 v., 1999; McCahery/Moerland/Raaijmakers/Renneboog (coord.), *Corporate Governance Regimes – Convergence and Diversity*, 2002; Pinto/Visentini (coord.), *The Legal Basis of Corporate Governance in Publicly Held Corporations – a Comparative Approach*, 1998; Zingales, in: Newmann (coord.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 1998, v. 1, p. 497-502 ('Corporate Governance').

34 Para o conceito do Direito como infraestrutura, veja-se Windbichler, *Neue Betriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht*, AcP 198/1998, p. 261, esp. p. 271; e sobre direito societário, bem como sobre relações de duração continuada, Clark, in: Pratt/Zeckhauser, *op. cit.* (nota de rodapé 24), p. 55, esp. p. 60-72.

tratual substancial, sobretudo numa sociedade prestadora de serviços, onde predominam os contratos de prestação de serviço de longo prazo e para uma economia interligada.

Olhando para um futuro não muito distante, a questão não se coloca somente como uma questão de discussão e pesquisa do direito contratual. Ela se coloca de modo mais concreto também como uma questão de *layout* da codificação: se se deve definir de outro modo a unidade, isso não pode deixar intactas as codificações, que em grande medida atuam como formadoras de estruturas, nem mesmo uma moderna codificação europeia. A questão que se coloca é se o código europeu não precisa ser projetado de forma totalmente diferente do que até agora concebido. Há uma “pequena” e uma “grande” resposta para essa pergunta.

A pequena resposta parte da reflexão de que uma necessidade de harmonização – e com isso também uma necessidade de codificação – emerge no direito civil substancialmente só para o direito contratual. O direito contratual por si só é irrenunciável enquanto matéria de uma codificação – não, contudo, o direito da responsabilidade civil extracontratual, nem outras matérias cíveis tradicionais, porque a diversidade nestas matérias não cria obstáculos entre os países da União Europeia. A pequena resposta seria que se deve concentrar no direito contratual e que as particularidades do moderno direito contratual não devem ser regulamentadas de forma mólica a fim de que haja capacidade suficiente ainda para outras áreas jurídicas, como o direito da responsabilidade civil, todo o direito do enriquecimento sem causa, a administração sem mandato e grandes partes do direito das coisas – o que não pode ser explicado aqui em detalhes, sob pena de ultrapassar os limites deste artigo³⁵. Deixando essas outras matérias à parte, não as codificando, deixa espaço para aquilo que é verdadeiramente importante para o mercado comum: o direito contratual precisa ser disciplinado de modo que os contratos de longo prazo, as redes contratuais, as perspectivas de regulamentação da ordem do mercado e uma diferenciação entre os vários tipos de partes contratuais encontrem aí o seu lugar. Isso não funciona no contexto de um “direito civil” europeu, como se vê na estrutura do Quadro Comum proposto: o direito contratual moderno assim concebido é tão complexo e, se

35 Grundmann, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?, *ERCL* 4/2008, p. 225, esp. p. 227-235 e 238-246; com referência à crítica comum de outros autores, confira-se principalmente Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, p. 659s.

for disciplinado com os detalhes necessários, não aguentará mais complexidade, fruto da compilação ainda de outras matérias que têm pouco em comum com o direito contratual. A nova construção de um direito civil, composto primariamente de acordo com critérios formais, bloqueia uma estrutura moderna.

A grande resposta seria mais corajosa. Parte da mesma ideia de um direito contratual detalhado e diferenciado, mas põe a pergunta se a codificação não deveria ir ainda mais adiante: não seria possível incluir num código moderno também as linhas fundamentais para o uso da autonomia privada, (i) para o direito societário e todas as matérias nas quais a autonomia privada tem um papel importante, (ii) para a relação entre o direito dispositivo e a regulamentação do mercado e (iii) para a relação entre efeitos internos e externos dos contratos e das sociedades? Tais linhas fundamentais – também de questões de formação e regulamentação societária – poderiam igualmente gerar efeitos marcantes em escala europeia: para a discussão científica; para o processo legislativo nos Estados-membros e parcialmente também para a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia. O legislador do Código Civil alemão de 1900 foi bastante corajoso com a inclusão da associação e da sociedade de direito civil, e principalmente o do *Codice Civile* italiano. O direito das sociedades de capital, tão importante para a harmonização, talvez não devesse ser incluído em detalhes para não aumentar a complexidade. Mas as linhas bases da autonomia privada e da regulamentação – como definidas acima sob (i) a (iii) – teriam que ficar num Código Contratual de todas as formas. Tratar-se-ia, então, de um código que incorporaria as preocupações centrais da atual economia de mercado. Um código de direito privado europeu da formação autônomo-privada e da necessidade de regulamentação – uma visão muito corajosa? ♦